

Anotações para o voto. Voto escrito em elaboração

I. INTRODUÇÃO

1. Comentário inicial

1. Como bem revelam a existência de dois votos divergentes, assim como as brilhantes sustentações, a interpretação constitucional não consiste em uma revelação de verdades, mas em uma construção de sentidos para os textos normativos e os valores que os inspiram.

2. Neste processo de construção de sentido, há três variáveis decisivas:

a) as normas a serem interpretadas e os seus significados possíveis;

b) os fatos subjacentes, porque a interpretação não se dá fora do mundo, fora da realidade fática; e

c) o intérprete, seu ponto de observação da vida, sua concepção do que seja bom, justo e legítimo. Suas pré-compreensões.

2. Pré-compreensões

Começo declinando três das minhas pré-compreensões:

1. **Foro privilegiado.** Por mim, nada disso estaria acontecendo. Sou contra o foro privilegiado. Ele investe o Supremo Tribunal Federal o papel de tribunal penal de 1º grau, que não é papel de uma corte constitucional. Não é assim em lugar nenhum do mundo nem deveria ser assim aqui. Dentre outros males, traz para o STF o primeiro embate, quando ele deveria entrar só no último, se necessário.

2. **Política.** Em uma democracia, política é gênero de primeira necessidade. Não há alternativa legítima a ela. Demonizar ou criminalizar a política seria um erro grave. O mundo e o Brasil viveram experiências devastadoras com tentativas de governar sem política, por meio dos militares, dos tecnocratas ou da polícia política. Nenhuma dessas fórmulas foi mais bem sucedida que a democracia, apesar de suas agruras. E mesmo aqui entre nós, apesar das aflições dessa hora, temos muitas conquistas para celebrar nesses 30

anos de democracia, que incluem (i) estabilidade institucional, (ii) estabilidade monetária e (iii) uma expressiva inclusão social.

3. **Crise institucional.** Não há qualquer crise institucional em curso. Eu recebi, nas últimas semanas, por força do meu trabalho, diversos Senadores representativos. Nenhum deles cogita verdadeiramente do desrespeito ao que o Supremo venha a decidir. Nós já superamos os ciclos do atraso. O que existe – porque sempre existiu no Brasil – são os que não hesitam em pregar a quebra da institucionalidade para proteger os próprios interesses ou o dos amigos. São poucos. Ninguém gosta desse filme velho e feio. Nós somos sobreviventes de uma ditadura. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz que é viver em uma democracia e no respeito às instituições.

II. A HIPÓTESE AQUI DISCUTIDA

1. O pedido original, formulado pelos autores, era para se interpretar conforme a Constituição os arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal para se reconhecer que a aplicação de medidas cautelares a membros do Congresso deveria ser submetida à apreciação da Casa Legislativa.

2. Em manifestações apresentadas na última semana, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e a Presidência da República passaram a pedir que em nenhuma hipótese membros do Congresso possam estar sujeitos a medidas cautelares penais determinadas pelo STF.

III. O CASO CONCRETO QUE GEROU A CONTROVÉRSIA PRESENTE

1. O julgamento da presente ação, como é notório, foi motivado por um caso concreto específico, cuja compreensão considero decisiva para o juízo que precisará ser feito nesta ação. Por isso, começo demonstrando as razões de decidir que embasaram o acórdão da 1ª Turma, que impôs as medidas cautelares cujo regime jurídico está em discussão aqui. Meu voto, portanto, vai do particular para o geral, do concreto para o abstrato.

2. Foi instaurado um inquérito para apurar fatos envolvendo um Senador da República, a irmã, o primo e uma quarta pessoa. Esse inquérito resultou em uma ação cautelar, em que se pediu a prisão de todos os envolvidos, e uma denúncia por crimes de corrupção passiva e pelo crime previsto no art. 2º, § 1º da Lei de Organização Criminosa. A seguir, breve descrição do entendimento da maioria da 1ª Turma a respeito.

III.1. Indícios de materialidade e autoria

1. Houve o pedido de dinheiro, em um contexto que claramente sugere o recebimento de vantagem ilícita. Tudo documentado, sendo certo que o Senador reconheceu o pedido de dinheiro, embora afirmando que teria sido um empréstimo. Quais os indícios?

a) No mundo dos atos lícitos, um empréstimo de 2 milhões de reais é materializado em um contrato de mútuo, no qual se estabelecem as condições do ajuste: prazo para pagamento, juros aplicáveis, correção monetária, garantias e sanções pelo descumprimento. Não existiu contrato.

b) No mundo dos negócios lícitos, pagamentos desse vulto – 4 (quatro) parcelas de 500 mil reais, no caso – se fazem por transferência bancária ou cheque. Nos dias de hoje, ninguém sai por aí transportando mochilas e malas de dinheiro, a menos que haja alguma coisa errada na operação. Foi o que aconteceu.

2. Pois no caso em exame, conforme está amplamente documentado em áudio e vídeo, o primo do Senador, foi enviado para receber o dinheiro. No momento em que se combinava como seria buscado o dinheiro, o Senador afirma, referindo-se ao primo: “Tem que ser um que a gente mate antes de fazer delação”. Naturalmente, o temor de delação recai sobre quem sabe estar fazendo alguma coisa errada. Em operação controlada, se filmou a entrega do dinheiro, à pessoa e na forma que havia sido combinado por telefone.

3. Pois bem. E o que se fez com o dinheiro? Se fosse um empréstimo feito ao Senador, seria de se supor que o dinheiro seria depositado na sua própria conta. Ou, no máximo, diretamente na conta do advogado, que foi a justificativa para a tomada do dinheiro. No entanto, não foi isso que aconteceu. O dinheiro passou por uma documentada operação de ocultação e lavagem.

4. A uma certa altura há a revelação de que se deveria proceder aqui, para mascarar o recebimento do dinheiro, da mesma forma que em 2014. Portanto, está documentada, igualmente, a habitualidade.

5. Completando o enredo, há uma gravação com a descrição das providências que deveriam ser tomadas para embaraçar a investigação da Lava Jato, com a nomeação de um delegado amigo para cada investigado. Em, em desfecho, a promessa de nomeação de um diretor para CVRD, hoje Vale S.A.

6. Nesse contexto, a maioria da 1ª Turma manteve a prisão dos três coautores que havia sido decretada pelo Min. Fachin (embora convertida em prisão domiciliar) e restabeleceu as medidas cautelares que haviam sido determinadas em face do Senador, consistentes em: (i) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela e (iii) proibição de se ausentar do País, devendo o agravado entregar seus passaportes. A elas se acrescentou a medida de recolhimento domiciliar noturno.

7. A Turma expressamente rejeitou o pedido de prisão preventiva, mas considerou que haveria uma incongruência em haver determinado a prisão dos supostos executores e não aplicar qualquer medida restritiva ao suposto mandante. Este recolhimento é expressamente previsto no Código de Processo Penal como medida cautelar “diversa da prisão”.

8. O entendimento da Turma foi o seguinte: o afastamento de um parlamentar do cargo é medida excepcionalíssima. Porém, impedir o Judiciário de intervir em hipótese em que o mandato popular está claramente sendo utilizado para cometer crimes violaria o princípio republicano e qualquer ideia mínima de justiça.

9. A decisão é pública e sujeita à crítica de quem quer que seja. Mas estes são os fatos. Acho que as pessoas na vida têm direito à própria opinião, mas não aos próprios fatos. Esta é uma decisão que com base em fatos inequívocos deixa de reverenciar o pacto oligárquico de saque ao Estado celebrado por parte da classe política, parte do empresariado e parte da burocracia estatal. Ela faz parte do esforço para mudar o patamar ético do país,

com base na Constituição, nas leis e no sentido mínimo de justiça que deve ser compartilhado por uma sociedade civilizada.

IV. A SOLUÇÃO DA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL POSTA NA PRESENTE AÇÃO

IV. 1. Observação prévia

1. Passando do caso concreto para a discussão em tese do regime jurídico das medidas cautelares quando aplicadas a parlamentares.

2. O direito não pode ser interpretado fora da realidade em que está inserido. E o momento atual é o da revelação de esquemas espantosos de corrupção sistêmica e endêmica no país. Resta saber, portanto, se a Constituição deve ser interpretada de modo a permitir que a sociedade brasileira enfrente este mal ou se, ao contrário, deve ser interpretada de modo a se criar o máximo de embaraço à transformação dos costumes no país.

3. Há uma questão interessante a ser observada aqui. Em 8 de junho de 2016, o Presidente da República apresentou manifestação em que sustentou a constitucionalidade formal e material do texto normativo dos arts. 312 e 319, do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), com a redação que lhes foi dada pela Lei nº 12.403, de 2011.

4. Em 22 de junho de 2016, a Advocacia-Geral da União se manifestou pela improcedência do pedido. **Ou seja: tanto a Presidência da República quanto a Advocacia Geral da União achavam perfeitamente compatível com a Constituição a aplicação de medidas cautelares a parlamentares.**

5. Em 06 de outubro de 2017, a Presidência da República apresentou novas informações, entendendo que medidas cautelares não podem ser aplicadas a parlamentares. **O que teria acontecido para justificar a incomum mudança de opinião, no mesmo processo, em menos de um ano?** Eu posso entender as circunstâncias políticas que levam um Presidente da República a mudar o seu entendimento sobre determinada matéria. Mas,

evidentemente, eu não estou sujeito a essas circunstâncias e posso preferir continuar coerente com o que já votei anteriormente.

IV. 2. As normas constitucionais relevantes na matéria

1. O conjunto normativo relevante para deslinde da matéria aqui tratada inclui o art. 53, §§ 2º e 3º, e o art. 55, VI e § 2º da Constituição.

2. Confira-se o art. 53 e seus parágrafos:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

3. O caput do artigo prevê a imunidade material, impedindo a existência de crime de opinião.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

4. O § 1º prevê a competência do STF para julgar parlamentares em processos criminais, esta péssima jaboticaba que, como os fatos demonstram, desgasta e politiza indevidamente o Tribunal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

5. O §2º do art. 53, da Constituição, assegura às Casas Parlamentares a competência para resolver sobre a prisão de seus membros, caso eles tenham sido detidos em flagrante por crime inafiançável

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal

Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

6. Já o § 3º do art. 53 da Constituição estabelece a competência das Casas Parlamentares para sustar o andamento de ação penal que tenha sido recebida contra parlamentar por crime ocorrido após a titulação.

7. O quadro de interações entre os Poderes Judiciário e Legislativo no caso de persecução penal de parlamentares é completado pelo art. 55, VI, § 2º:

“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...)

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...)

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”

8. Este, portanto, é o esquema de freios e contrapesos delineado na Constituição de 1988. O processo penal deve ser conduzido pelo Supremo Tribunal Federal como em qualquer instância ordinária, sendo asseguradas às respectivas Casas Legislativas as prerrogativas de *(i)* decidir a respeito da prisão em flagrante de seus membros (art. 53, §2º); *(ii)* sustar o andamento do processo (art. 53, §3º) e *(iii)* deliberar a respeito da perda do mandato (art. 55, VI e §2º). Essas são exceções ao trâmite ordinário do processo penal e, como tais, devem ser interpretadas restritivamente.

9. Importante registrar que esse não foi o esquema desenhado originalmente pelo legislador constituinte. Na sua versão original, a Constituição Brasileira exigia a aprovação prévia da respectiva Casa Parlamentar para a instauração do processo criminal¹. Esse regime, no entanto, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que excluiu a necessidade de aprovação prévia para a instauração de processos criminais contra parlamentares. A justificativa que acompanhou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 101/1995) bem revela os seus propósitos e traduz o espírito com que deve ser interpretada a Constituição:

“A eliminação da imunidade referida é necessária se se pretende por termo à impunidade no país. A exigência de prévia licença, combinada às reações corporativistas da Câmara ou do Senado, se choca com a vontade política do povo. Este repudia, mais e mais, o fato de que cidadãos, cercados de imunidades ou privilégios, se coloquem acima da lei. Entendo, pois, que, ao suprimir a necessidade de prévia licença, para processar criminalmente parlamentares, o Congresso Nacional estará respondendo ao grande clamor do país por justiça, além de dispensar os seus membros do constrangimento, desnecessário a meu juízo, de decidir tais questões” (grifos acrescentados).

10. Assim, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas no texto constitucional, em regra o processo criminal contra parlamentar instaurado perante o Supremo Tribunal Federal deve transcorrer como nas instâncias ordinárias, sem nenhuma interferência do Poder Legislativo. A aplicação da lei independe da autorização da Casa

¹ A regra estava prevista na versão anterior do §1º do art. 53, da Constituição, que foi revogada pela Emenda Constitucional nº 35/2001. Confira-se a redação original do dispositivo: “Art. 53. (...) §1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.”

Parlamentar respectiva, seja para a instauração do processo ou para o seu desenvolvimento regular, inclusive no que diz respeito à imposição de medidas cautelares.

IV.3. Tensões das medidas cautelares do art. 319 e as prerrogativas dos parlamentares

1. Há duas medidas cautelares que, aplicadas a parlamentares, geram tensão com as prerrogativas parlamentares. A primeira é a do art. 319, VI, que prevê a *suspensão do exercício da função pública* “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

2. O afastamento de um parlamentar do seu mandato é providência excepcionalíssima. Como excepcionalíssima há de ser o fato de um parlamentar utilizar o cargo para a prática de crimes. A ideia de que o Poder Judiciário não possa exercer seu poder cautelar para impedir o cometimento de um crime é incompatível com o Estado de direito. Significa dizer que o crime é permitido a algumas pessoas. Eu não gostaria de viver em um país assim.

3. Tão ou mais excepcional há de ser a determinação de recolhimento domiciliar no período noturno. A primeira observação aqui é que, evidentemente, não se trata de prisão. Em primeiro lugar, porque assim está dito de maneira expressa no art. 319, *caput* do Código de Processo Penal, que se refere às medidas cautelares ali previstas como sendo “DIVERSAS DA PRISÃO”. E, depois, não interfere com a rotina funcional, porque permite o trabalho e a convivência com as pessoas.

5. A prisão de um parlamentar é medida extrema, que exige o preenchimento de requisitos estritos, previstos no art. 53, § 2º. Prisão é prisão e não se confunde com a limitação de direito imposta pelo recolhimento noturno, que restringe frequência a baladas, restaurantes, recepções e outros momentos festivos.

6. No caso concreto que motivou a presente discussão, o que se passou? O Ministro Luiz Edson Fachin havia determinado a prisão de três pessoas (Andréa, Fred e Mendherson), por supostamente serem coautores e executores de determinados crimes. No

juízo dos recursos dessas pessoas, o STF manteve a decisão de prisão, convertendo-a em prisão domiciliar.

7. A não aplicação de qualquer medida ao suposto mandante e beneficiário do delito geraria uma incongruência e uma patente injustiça. Está na célebre fórmula de Radbruch, defendida por Gustav Radbruch em artigo de 1946: “A injustiça extrema não pode ser direito”.

8. Pelo princípio republicano, parlamentares, como quaisquer pessoas, só têm regime jurídico excepcional onde expressamente previsto na Constituição. Quanto a tudo o mais, estão sujeitos às normas que valem para todas as pessoas. Por exemplo, se por eventualidade, um deputado ou senador viesse a ser denunciado por violência doméstica contra a sua mulher, seria plenamente válida a determinação de proibição de aproximação da ofendida (cf. art. 22, III, a, da Lei nº 11.340/2006), sem nenhuma necessidade de autorização por parte da Casa respectiva. A Casa poderia eventualmente deliberar pela sustação do processo após o recebimento da denúncia (art. 53, §3º). Mas não há fundamento constitucional para a exigência de autorização prévia para a imposição da medida.

9. A Constituição tampouco estabelece que parlamentar tenha obrigação de pagar tributos, possa se divorciar ou ser réu em reclamação trabalhista. Ou seja: em tudo o que não está previsto na Constituição, está sujeito às mesmas normas que qualquer cidadão.

IV.3. Precedente do Tribunal (Ação Cautelar 4070, Min. Teori Zavascki)

1. Há precedente unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. De fato, na Ação Cautelar 4070. Nas palavras do Ministro Teori Zavascki:

“A última palavra sobre a prisão e a avaliação a respeito da suspensão do processo penal são garantias institucionais deferidas pela Constituição em favor do Poder Legislativo – e que ressoam no desenvolvimento da persecução penal. Como prerrogativas que são, naturalmente reivindicarão interpretação restritiva.

Fora dessas hipóteses, as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares haverão de transcorrer

ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, **inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas no ordenamento, que ficam à disposição da jurisdição,** podendo ser acionadas a tempo e a modo, isto é, quando forem necessárias e adequadas. Não há, nesse aspecto, qualquer fragilização da independência para o exercício do mandato. Afinal, a plenitude das prerrogativas de representação popular são garantidas, no ponto, pela prerrogativa de foro, que atribuem necessariamente a um colegiado de magistrados a competência pela direção dos procedimentos de persecução penal eventualmente instaurados contra parlamentares. **Assim, a partir de quando um parlamentar passa a ser alvo de investigação por crime comum, perante o foro apropriado, também esses agentes políticos haverão de se sujeitar a afastamentos temporários da função, desde que existam elementos concretos, de particular gravidade, que revelem a indispensabilidade da medida para a hígida seqüência dos trabalhos judiciários.**” (grifos acrescentados).

2. Posteriormente, na Ação Cautelar 4.327, o Ministro Luiz Edson Fachin concedeu, igualmente, medidas cautelares, inclusive de afastamento do cargo, sem que se tivesse cogitado de submissão à Casa Legislativa respectiva. As medidas perduraram de 17.05.2017 a 30.06.2017. Não se entendeu, à época, que sua decisão deveria passar pelo crivo da Casa Legislativa. Não há qualquer razão para se mudar o entendimento até aqui adotado.

V. A QUESTÃO DO “ATIVISMO JUDICIAL”

1. O Ministro Alexandre de Moraes criticou a decisão da 1ª Turma sob o fundamento de que teria sido ativista. Infelizmente, não posso concordar.

2. O tema da judicialização e do ativismo judicial somente se colocam quando o Supremo Tribunal Federal esteja desempenhando sua jurisdição constitucional. Nessas situações, como digo e tenho escrito amplamente a respeito, a regra geral é a autocontenção. Decisão política deve ser tomada por quem tem voto.

3. Só por exceção o Tribunal deve ter uma atuação mais proativa, mais expansiva. Estas situações são três:

a) Proteção dos direitos fundamentais.

Ex. proteção das uniões homoafetivas, liberação das biografias, possibilidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos;

b) Proteção das regras do jogo democrático.

Ex. Fidelidade partidária, definição do rito do *impeachment*.

c) Proteção da moralidade administrativa.

Ex. Proibição de nepotismo. Proibição de financiamento eleitoral por empresas no modelo que tínhamos.

4. Porém, o que está em jogo aqui não é o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo. O que está se discutindo é o exercício da jurisdição penal. Jurisdição penal como se fora Tribunal de 1º grau. Primeira e única instância. Veja-se: jurisdição penal é um espaço do direito que não comporta qualquer grau de ativismo judicial. Aqui, vigora o mandamento da reserva legal absoluta. E, no caso concreto que gerou a presente discussão, o Código de Processo Penal prevê expressamente medidas cautelares penais diversas da prisão. Estão no art. 319. Pode haver uma discussão razoável sobre sua aplicabilidade ou não a parlamentares. Mas isso não significa qualquer grau de ativismo.

VI. CONCLUSÃO

1. Há uma imensa demanda na sociedade brasileira por integridade, patriotismo e idealismo. Somos um país que se perdeu na história e precisa reencontrar o seu rumo. Não se trata de uma questão política. É uma questão prévia às escolhas políticas. É possível conceber um projeto de país liberal, conservador ou progressista. Há lugar para todos na democracia. O que não se pode é ter um projeto de país fundado na desonestidade, no achaque, no desvio de dinheiro público.

2. O que aconteceu no Brasil foi a naturalização das coisas erradas. Aos poucos, o errado passou a parecer certo e as pessoas – mesmo as que se supunham do bem – foram

perdendo a consciência crítica. Passou-se a achar normal a nomeação de dirigentes de empresas ou ocupantes de cargos públicos com o propósito de desviarem dinheiro. Criou-se uma legião de pessoas que passaram a achar normal viver com o dinheiro dos outros, dinheiro tomado do Estado ou das empresas. Gente que vive de achaque, como se fosse salário. Para mudar essas práticas, não há como ser condescendente com elas.

3. Há um modo de ver este assunto que prevalece em certos círculos: o de que há uma diferença entre o dinheiro que vai para o bolso e o dinheiro que vai para a campanha. Independentemente da circunstância de que tudo sugere que o dinheiro, no caso que gerou esta discussão, era para o bolso mesmo, há uma consideração mais importante a fazer. É que nesses casos – como foi o Mensalão, como é a Lava Jato -, o mais grave não é para onde vai o dinheiro. É o que se faz para obtê-lo. E o que se faz? (i) Superfaturam-se contratos; (ii) cobram-se propinas em empréstimos públicos; (iii) vendem-se benefícios fiscais em medidas legislativas; (iv) cobra-se pedágio de toda e qualquer pessoa que queira fazer negócio no Brasil; (v) achacam-se pessoas e empresas em Comissões Parlamentares de Inquérito. Em suma, cria-se uma cultura de desonestidade geral no país, que vai do alto escalão até o fiscal de posturas. Portanto, pior do que para onde vai o dinheiro é o que se faz para obtê-lo. Acho que o Poder Judiciário tem um papel decisivo na mudança desse paradigma.

Por essas razões, julgo improcedente o pedido.